

普通法的本质

[美] 迈尔文·艾隆·艾森伯格 (Melvin Aron Eisenberg) ◆ 著

张曙光 张小平 张含光 等 ◆ 译

THE NATURE OF THE COMMON LAW



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

普通法的本质

[美]迈尔文·艾隆·艾森伯格 (Melvin Aron Eisenberg) ◆著

张曙光 张小平 张含光 等◆译

THE NATURE OF THE COMMON LAW

主译

张曙光

译者 按姓氏笔画排序

朱健飞 张小平 张含光 张曙光 张曙光 张曙光 张曙光 郭辉



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

普通法的本质/(美)艾森伯格著;张曙光译. —北京:
法律出版社, 2004.3

ISBN 7-5036-4776-0

I. 普… II. ①艾…②张… III. 法理学—研究—
美国 IV. D971.2

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 011078 号

The Nature of the Common Law by Melvin Aron Eisenberg
Copyright© 1988 by the President and Fellows of Harvard College
All rights reserved, published by arrangement with Harvard University Press

《普通法的本质》由哈佛大学出版社授权法律出版社在

中华人民共和国境内出版发行

著作权合同登记号:图字 01-2000-0721 号

©法律出版社·中国

责任编辑/李连捷

装帧设计/孙 杨

出版/法律出版社

编辑/对外合作出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京中科印刷有限公司

责任印制/张宇东

开本/A5

印张/8 字数/192 千

版本/2004 年 3 月第 1 版

印次/2004 年 3 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-63939622

对外合作出版分社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/copyright@lawpress.com.cn

读者热线/010-63939684

传真/010-63939701

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

传真/010-63939777

客服热线/010-63939792

网址/www.chinalawbook.com

电子邮件/service@chinalawbook.com

中法图第一法律书店/010-63939781/9782

中法图北京分公司/010-62534456

中法图上海公司/021-62071010/1636

中法图苏州公司/0512-65293270

中法图深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 7-5036-4776-0/D·4494

定价:25.00 元

译者序

普通法指发轫于英格兰,由拥有高级裁判权的王室法院依据古老的地方性习惯、或是理性、自然公正、常理、公共政策等原则,通过“遵循先例”的司法原则,在不同时期的判例的基础上发展起来、具备司法连贯性特征并在一定的司法共同体内普遍适用的各种原则、规则的总称。作为法律渊源,普通法区别于由立法机构制定颁行的成文法规,实际由法院即法官创制,故又称“法院创制的法律”或“法官创制的法律”。因为它是依据判例而发展的,故实际上是“判例法”。作为一种制度,普通法具有依照“遵循先例”原则进行审理、陪审团审理、法律的至高无上性、强调程序法和形式公正、注重救济、采用对抗制审理、重视经验和实用等特点。^{〔1〕}在开拓新大陆的过程中,北美殖民地也采纳了英国的普通法。正如肯特在《美国法注释》一书中所言:“对我们来说,普通法作为一个完整的体系,被这个国家和人民采纳和承认了。根据(纽约)宪法的一项明确规定,它被宣布为这块土地上的法律的一部分。”^{〔2〕}尽管美国各州和联邦普通法与英格兰普通法在一些方面存在差别,但它们在哲学、精神和原则上是基本一致的。

根据著名的比较法学家 K. 茨威格特和 H. 克茨的估计,现今

〔1〕《元照英美法词典》第 261 页。

〔2〕〔美〕伯纳德·施瓦茨,王军、洪德、杨静辉译:《美国法律史》,中国政法大学出版社 1989 年版,第 8 页。

世界上,有近三分之一的人生活在其法律制度不同程度上受到过普通法影响的地区。^{〔1〕}对于这样一个影响深远的法律体系,我们诚有深入、全面了解之必要。其理由在于:

第一,随着国际交往的日益深入与频密,在国际私法的实践中,我们将越来越多地与普通法系的国家发生往来,因此了解普通法的实质和运用,是国际交往的必备前提。

第二,任何一种法律文化和法律制度都不是完美的。因此对于任何一种法律文化和法律制度而言,了解其他法律文化和法律制度,是完善自身、保持活力的内在需要。普通法中所蕴涵的富有生命力的法律文化与制度基因,对于推进中国法制的发展与完善无疑具有一定的借鉴和启发意义。

第三,主要由于中国学者外语语种结构方面的倾斜,近年来,法学界翻译引进了大量英美国家的法学著作。这些著作的译介与刊行对开阔学人视野、推动中国法学的繁荣功不可没。可以毫不夸张地讲,近二十年来中国法学所取得的成就,在相当大的程度上是以数目可观的译著为学术灵感的策源地和学术成果的砖石的。但是,我们必须清醒地意识到,英美国家的法学著作,是在普通法的背景下完成的。因此,如果我们对普通法的制度逻辑和运行理念所知甚少的话,则我们在阅读这些著作的时候难免会发生望文生义、理解偏差的情况。

有鉴于此,译者一直都希望寻找一本能以全景式的视角介绍普通法的著作,贡献给学界同人及广大读者。《普通法的本质》一书,从法院职能、审判依据、法律推理、法律发展等方面系统扼要地介绍了普通法的制度逻辑和运行模式,从理论角度总结了普通法的理念和特征,揭示了若干决定普通法运行的制度原则,用不太长

〔1〕〔德〕K. 茨威格特、H. 克茨,潘汉典、米健、高鸿钧、贺卫方译:《比较法总论》,第254页。

的篇幅提供了关于普通法的运行的全景画面和动态图景。相信这本书一定能为读者提供有关普通法的简明而有益的知识。

本书的出版,承蒙哈佛大学出版社独家授予中文版版权,法律出版社对外出版分社朱宁女士、袁方女士鼎力襄助,责任编辑李连捷精心审阅,译者谨此深表谢意。

译者深知,本书所论述的许多内容在我们所熟知的法律环境中并无相应的对应物,所以尽管小心求证、反复推敲,但格于译者的学识和国内相关资料的积累程度,舛错在所难免。故译者诚恳希望诸位读者不吝赐教,使本书更臻畅达完善,亦令我们对普通法的理念、制度与技术有更为深刻准确的了解。

译 者

二零零四年一月五日

序 言

我们法律中的绝大部分基于诸如宪法和制定法之类的权威性文件。普通法是此类文件之外属于由法院自行创设的那部分法律。本书涉及普通法规则的应然状态和建立方式。易而言之,本书构建了一个关于普通法审判的理论框架。

在构建关于审判的理论的时候,一个重要的问题是相同的规则是否同时支配着宪法的解释、制定法的解释和普通法规则的确立。本书对这一问题的回答是否定的。倘若重述本书早期手稿的一位读者的评论的话,可以说尽管制定法案件和宪法案件必须与对判决的整体性分析穿插糅合,但从长期来看,如果将普通法、成文法和宪法判决分别加以分析则可获致更为深入的理解。决定着法院在各个领域中所发挥作用的原则在诸多重要方面上有所不同,而每一个领域又是如此复杂,以至需要考虑由其他领域所提出的专门问题然后再对本领域加以整理、考察。在历史上,英美法中法院的最初职能是对普通法案件作出判决。如果我们首先研究这项职能,则关于法院与法的研究成果将对我们接下来对成文法和宪法解释问题的研究有所助益。

构建关于审判的理论的另一个问题,是将审判作为由特定社会中抽象出的普遍现象加以分析,还是按照各个特定法律体系的实践分别处理。笔者再次选择了特殊化处理的路线:我在本书中关注的焦点几乎全然集中于美国。但我确信,本书中的大部分分析可以直接运用于其他国家的普通法。至于斟酌平衡,其间的差

异也仅仅是程度上的而非本质上的。就此种推广产生的问题而言,本书的题目或许有失严谨。此点笔者尚祈宽宥。

本书中非常重要的一部分是在我于1985年在密执安大学法学院讲授库利*讲座(Cooley Lectures)的基础上形成的。我对密执安大学的教师们邀请我开设此讲座和他们在我逗留期间惠我以诸多有用的意见深表感激;唐纳德·里根(Donald Regan)和菲利浦·索普尔(Philip Spoer)的意见尤具启发性。我也将此书的一些部分在哥伦比亚、加利福尼亚大学洛杉矶分校和弗吉尼亚的研讨会,在伯克利的一个讨论会和一系列座谈会及澳大利亚阿德莱德大学、莫纳什大学的教师讨论会上发表。我从这些研讨会、讨论会和座谈会中受惠良多。我要对所有的参加者致以谢意。本书的一些部分也在美国哲学协会的一次会议上发表。这次会议上我从评议人马丁·戈丁(Martin Golding)和汤姆·格雷(Tom Grey)那里得到许多有价值的建议。

在这些有组织的讨论会之外,斯蒂芬·巴奈特(Stephen Barnett)、斯蒂芬·邦迪(Stephen Bundy)、迈尔·丹-科恩(Meir Dan-Cohen)、约瑟夫·格罗丁(Joseph Grodin)、路易斯·考恩豪瑟(Lewis Kornhauser)、保罗·米什金(Paul Mishkin)、罗伯特·姆诺金(Robert Mnookin)、约瑟夫·拉兹(Joseph Raz)、爱德华·鲁宾(Edward Rubin)、菲利浦·塞尔兹尼克(Philip Selznick)、加里·西蒙森(Gary Simson)斯蒂芬·舒格曼(Stephen Sugarman)、约瑟夫·图斯曼(Joseph Tussman)、杰里米·瓦德隆(Jeremy Waldron)、哈里·威灵顿(Harry Wellington)、肯尼斯·温斯顿(Kenneth Winston)和詹恩·威特(Jan Vetter)阅读了部分——常常是很大一部分——原稿并提出了极为有用的建议。作为研究助手,利亚·哈梅特(Leah

* 查尔斯·霍顿·库利(1864—1929)美国社会学家,以对社会影响个人自我形象诸方式的观察研究而著称。——译者

Hammett)、玛丽娜·谢(Marina Hsieh)、哈里·利特曼(Harry Litman)、麦甘·瓦格纳(Megan Wagner)和玛格丽特·米瑞韦德(Margaret Meriwether)进行了极具价值的工作。玛丽娜·谢(Marina Hsieh)还以一名杰出的法律评论编辑的眼光对正文和脚注进行了详细检查。我的秘书维姬·帕克(Vickie Parker)以她一贯的精确、冷静和令人难以置信的速度对我那难以辨认的草稿进行了大量修改,巧妙地修正了在原稿准备过程中的许多错误。这使我可以将此类事务置诸脑后而致力于我的工作。

我深深受惠于史蒂文·伯顿(Steven Burton)、罗伯特·库特(Robert Cooter)、肯尼思·克雷斯(Kneneth Kress)、罗德·麦克唐纳(Rod MacDonald)、罗伯特·波斯特(Robert Post)、朱迪思·汤姆森(Judith Thomson)和彼得·威斯滕(Peter Westen)。他们都阅读了全部原稿的草稿并作出了评价——其深刻和详尽的程度超乎寻常的同僚之情和朋友之谊。

目录

译者序

序 言

第一章 导论..... (1)

第二章 法院的社会职能..... (5)

第三章 基本原则..... (12)

 客观性..... (12)

 支持..... (13)

 可重复性..... (14)

 回应性..... (16)

第四章 社会命题..... (20)

 道德规范..... (20)

 政策..... (34)

 经验命题..... (45)

第五章 普通法的标准..... (62)

 社会一致性标准、体系一致性标准与双重一致
 模式..... (63)

 规则稳定性标准和普通法的现实世界模式..... (66)

第六章 法律推理模式..... (71)

 先例推理..... (71)

 原则推理..... (100)

 类推推理..... (108)

 专业文献中确立规则的推理..... (124)

 假设推理..... (127)

第七章	推翻和其他的否决模式·····	(142)
	推翻·····	(142)
	无溯及力的推翻·····	(166)
	变形·····	(172)
	压制·····	(175)
	推出不一致区别·····	(176)
	普通法中的非解释性因素·····	(181)
第八章	普通法的理论·····	(198)
	文本法律理论·····	(198)
	正当理由与法律的内容·····	(203)
	普通法的生成性概念·····	(207)
	索引·····	(219)

第一章 导 论

1

此处我的目的,在于阐明决定着普通法在我们社会中确立方式的制度原则。我们法律中的大部分源自宪法、制定法和其他权威性文件中制定的、法院只能解释不能改订的规则。与此相反,普通法则属于法院自行制定的那部分法律。在一些法律领域,如侵权法和合同法,普通法规则具有支配地位。其他领域,如公司法,普通法也是极为重要的。在所有领域,即便是那些主要是宪法和制定法的领域,普通法至少也有一席之地。

在阐明决定普通法建立的制度原则时,在开始之际我们有必要区分与普通法判决有关的两种命题:规则命题(doctrinal propositions)和社会命题(social propositions)。我用“规则命题”一词指那种意味着国家法律规则,一般可以从用来表述法律规则的文本性法律渊源中找到或容易从其中推导得出的命题。此种规则渊源之最显著者,系由通常被认为对作出判决的法院具有约束力的官方文件构成——主要是所谓的基本法律渊源,如成文法和作出判决的法院的判例。此种规则渊源的第二类由被认为对判决中的法院无约束力的官方文件组成,如其他裁判权主体的判例。第三类渊源是律师和法学学生进行分析时所产生的文件。他们复现司法推理过程并将他们的分析在讨论会上发表。这些分析,如论文和法律评论,在习惯上被认为是辅助性法律渊源。

我用“社会命题”一词指规则命题之外的全部其他命题,如道德、政策和经验的命题。 2

现代许多关于法律和审判的分析在很大程度上都可以根据它们对规则命题和社会命题之间相互作用的处理,以及如果被用来制定法律规则的话社会命题必须满足的标准来加以界定。

实际上,有一条分析的主线区分了仅仅在有拘束力的规则命题基础上就可以判决的案件和需要运用社会命题进行判决的案件。根据这一分析主线,法律是由那些在有拘束力的官方文件中发现的规则命题构成。那些仅在此类命题基础上、无须使用社会命题就可以判决的案子(除了那些由于规则所使用的术语本身在运用中需要涉及社会命题的)被归为一类,有时被称为“简单的”、“清楚的”或者“受规制的(regulated)”案件。据称法官在此是扮演着“法律发现者”的角色。在确定(而非仅仅是适用)判决规则时涉及到社会命题的案件被归入另外一类,有时被称为“疑难的”、“不确定的”和“未受规制的(unregulated)”案件。据称法官在此拥有立法者的权力,通过在社会命题中采纳他认为最恰当的规则来制定新的法律。^[1]

另一条分析路线认为法官总是担任法律发现者。这一分析也对疑难案件的和容易案件加以区分,不过这里的区分与上面有所不同。容易的案件是指那些由相对具体的法律规则决定的案件。疑难案件是指那些只能运用相对一般的法律规则进行判决的案件。法官据称是通过确定哪一条一般规则最适合于先前的判例并将此规则运用于他面前的案件来处理那些疑难案件。^[2]

还有第三条分析路线认为,法官通过确定哪些规则满足了符合先前判例的临界值检验并根据他的道德和政治信条从中选择他认为最佳的规则来处理那些疑难案件。在这样的审判中,法官与其说实在创造法律,不如说是在择定法律。^[3]

我将证实,这些分析中无一恰当地说明了普通法的审判。根据支配着普通法的制度性原则,所有案件都与社会命题有关联。换句话说,所有普通法案件都依据一个统一的方法论进行判决。

依此方法论,社会命题始终与确定法院创立的规则和规则被扩张、限制和适用的方式有关。简单案件不是由相对具体的法律规则所决定的案件,而是与案件相关的法律规则得到可适用的社会命题支持的案件。普通法不是由在有拘束力的官方文件中发现的规则命题构成的。相反,普通法是由在运用支配着普通法审制的制度原则时所生成的规则构成的。 3

但规则命题并未失去重要性。如我在第六章将要揭示的那样,普通法中最基本的制度原则是如果与可适用的社会命题充分一致的话则先前案件所宣示的规则应被一贯地适用和扩充;而如果与社会命题未能充分一致的话则不应一贯适用和扩充。这个基本的原则对规则命题和社会命题均予以承认。它使规则命题得以施行,因为即令一条被宣示的规则与社会命题有些出入,只要它是与社会命题充分一致,此规则也将被一贯地适用和扩充。它也使社会命题得以施行,因为每一条已宣告的规则的效率取决于该规则是否充分符合社会一致性标准。

尽管法官并未被拘泥于以前官方文件中所发现的规则,但他并非像一个立法者那样可以自由地运用他认为最佳的社会命题,或者基于道德的和政治的信念自由地确立他认为最佳的规则。相反,法官有义务只使用那些满足一定标准的社会命题,有义务只确立那些由于适用审判的制度性原则而产生的规则。如同忠实地执行宪法和成文法的义务一样,这一义务根源于司法职务本身的自愿承担。如同其他职务一样,司法职务受到委托的约束。委托的规则就是审判的制度性规则,此种规则根植于法院的社会职能,并由对正义和社会福祉的考虑来证明其正当性。如同一个通常的受托人一样,法官在道义上受制于他接受其职务时便须遵从的支配着其职务行为的规则。^[4]因此审判不是(或不仅仅是)由当事人的权利推动的,而且是由法官的职责推动的。法官的职责既指向当事人双方,又指向范围更大的社会。

注 释

- [1] See, e. g., J. Bell, *Policy Arguments in Judicial Decisions* (1983); J. Raz, *The Authority of Law* (1979).
- [2] See, e. g., R. Sartorius, *Individual Conduct and Social Norms* 181—210 (1975); Sartorius, "Social Policy and Judicial Legislation," 8 *Am. Phil. Q.* 151 (1971); Sartorius, "The Justification of the Judicial Decision," 78 *Ethics* 171 (1968).

这个观点经常和罗纳德·德沃金的著作联系在一起,尤其是在他的文章"Hard Cases" 88 *Harv. L. Rev.* 1057 (1975), reprinted in R. Dworkin, *Taking Rights Seriously* 81—130 (1978). See, e. g., K. Kress, "Legal Reasoning and Coherence Theories: Dworkin's Rights Thesis, Retroactivity, and the Linear Order of Decisions," 72 *Calif. L. Rev.* 369 (1984). 德沃金的确曾一度持此观点,但后来放弃了。See *Taking Rights Seriously* 341 (1978). 如果仔细研读的话,则即使是"疑难案件"(Hard Cases)一文似乎也并不代表此种观点。See Kress, *supra*, at 378 n. 53.

- [3] See R. Dworkin, *Law's Empire* 67—68, 119—20, 228—31, 238—39, 248—50, 255—56 (1986); R. Dworkin, *A Matter of Principle* 16, 90 (1985); R. Dworkin, *Taking Rights Seriously* 326, 340—42, 360 (1978); Dworkin, "A Reply by Ronald Dworkin," in *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence* 247, 248, 254, 263, 269, 272 (M. Cohen ed. 1983); Dworkin, "'Natural' Law Revisited," 34 *U. Fla. L. Rev.* 165 (1982).
- [4] See P. Soper, *A Theory of Law* 41 (1984). 同其他道德义务一样,这一义务并非必然是无边界的。参见本书第4章关于"道德规范"(Moral Norms)的讨论。

第二章 法院的社会职能

4

普通法审判的制度性原则根源于法院的社会职能。像其他复杂的机构一样,法院履行着数种职能,但其中两项职能是首要的。

第一项职能是解决纠纷。复杂的社会特别需要一个机构能对纠纷予以最终解决。这些纠纷源自基于因现行社会标准的适用、意义和引申而产生的权利主张。在我们的社会里,这样的机构就是法院。因此,解决此类纠纷也就成了我们法院的中心职能。^[1]

解决纠纷职能的这种中心地位体现在很多方面。首先,在我们的社会里法院基本上被构造为一个消极的角色。与立法机关不同的是,法院不能主动开始诉讼活动,而是仅仅在有诉讼请求的一方当事人提出要求时才能开始诉讼活动。^[2]所以法院的活动被限定在对所提出的诉讼请求做出回应。^[3]法院能够对其做出适当处理的请求的种类也是有限的。一般来说这种请求必须是有争议的,也就是说有争议事由。^[4]一般说来,原告必须主张被告或者侵犯了(或威胁要侵犯)他的权利,或者在某种意义上,被告妨碍了原告的权利,与原告的利益关系甚大,足以使原告有充分理由要求被告改变其对原告权益的错误处理。^[5]这样的请求必须是建立在跟社会行为有关的标准的基础上,而不是建立在比如说是艺术标准的基础上。^[6]作为请求的基础的标准在重要性上必须达到一定程度,或者是因一方侵害而导致损害后果的严重性,或者是行为所体现的规则或政策的重要性。

法院的第二项重要职能是充实法律规则。^[7]我们的社会需要

5 大量的法律规则,以便于行为人能藉此生活、计划、和调处纠纷。立法机构无法充分地满足这样的需要。立法机构生成法律规则的能力是受有限的,而其中大部分的能力都被配置用于制定跟政府事务有关的法律规则,比如经费、税收和行政管理;制定被认为属于法院能力范围之外的规则,比如界定犯罪;制定最好是由官僚机器来执行的规则,比如对受管制的产业设定税率的原则。此外,我们的立法机构在某种意义上并没有人员可以让它们行使全面立法职能以管制私人部门的行为。^[8]最后,在很多领域里司法规则的灵活形式比立法规则的规范形式更可取,所以社会要求法院发挥作用充实规制社会行为的法律规则的供给。当然不是把制定规则当作一项完全自立的职能,而是在将法院解决纠纷职能作为法院专有职能的前提下,对法院创造规则的职能给予更多的重视。^[9]

当然,即使解决纠纷是法院的惟一职能,那么也会出现以司法方式设立法律规则的情况。当法院在新的情况下阐明社会现存标准的适用、意思和引申含义时,它们无法同时避免创制以前没有宣告过的法律。首先,现代社会处在一个不断变化的状态中,这样的变化需要不断有新的法律规则来解决新的问题。的确,因为变化不可避免,即使是把旧规则适用到新案件中都可能会构成一条新规则。例如在广播发明之前,关于诽谤的法律对于两种情况给予了严格的区分:文字诽谤(written defamation)或者叫诽谤罪(libel)和言词诽谤(oral defamation)或者叫中伤(slander)。一般而言,构成中伤需要有受到实际伤害的证据,但是成立诽谤罪不需要。^[10]随着无线电广播的出现,一些判例认为通过广播的诽谤是中伤,因为它不属于用文字写下来的,然而另一些判例认为是诽谤罪,因为它对人造成伤害后果的可能性非常大。^[11]显然的在前面判例中所采用的规则和后面判例中所采用的规则一样新。^[12]而且即使社会条件没有发生变化,先前所采用的法律规则因为其被确立就是错误的所以有时也必须被抛弃。最后,一个先前采用的规则是否涵